

Repensando o Artigo 236 do Código Eleitoral

Cláudio da Silva Leiria

Promotor de Justiça de Guaporé-RS

1. INTRODUÇÃO

As disposições do artigo 236 da Lei 4.737/65 (Código Eleitoral), ao proibirem a prisão de eleitor nos cinco dias que antecedem às eleições até 48 horas depois do seu encerramento (salvo em casos de flagrante delito, sentença condenatória por crime inafiançável e desrespeito a salvo-conduto), sempre causaram alguma perplexidade entre os juristas e o homem do povo.

Em tempo de eleições, sempre que um delito grave é cometido e o criminoso não pode ser preso por sua situação não se enquadrar nas exceções legais acima referidas, ergue-se um clamor popular de protesto contra a injustiça do texto legal.

Em 2005, por exemplo, na época do referendo sobre o comércio das armas de fogo, também foi vedada a prisão de eleitores nos mesmos moldes do artigo 236 do Código Eleitoral. Escudando-se na benesse legal, amparado por um salvo-conduto, o advogado Peter Amaro de Sousa, um dos acusados de matar o Major da Polícia Militar Pedro Plocharski em janeiro de 2005, apresentou-se na 1ª Vara Criminal de Curitiba. O advogado, que então estava com a prisão preventiva decretada desde cinco meses antes, prestou depoimento e depois foi tranqüilamente para casa.

Os magistrados em geral (incluindo-se especialmente os Ministros do Tribunal Superior Eleitoral) aplicam literal e acriticamente as disposições do artigo 236 do Código Eleitoral (CE), não vislumbrando qualquer inconstitucionalidade nessa norma, nem vendo qualquer necessidade de compatibilizá-la com outros direitos protegidos constitucionalmente.

No presente trabalho, ainda que de forma sucinta, mostram-se outras interpretações do artigo 236 do CE, que vão da afirmação de sua revogação e da inconstitucionalidade, até a proibição de prisões cautelares somente para os crimes previstos no Código Eleitoral.

Pretende-se demonstrar ainda que vedações à prisão de eleitores e candidatos nos prazos do artigo 236 do CE podem coexistir com o direito à segurança, desde que, por meio do uso da técnica de decisões ou sentenças aditivas, possa ser feita uma releitura constitucional das hipóteses de prisão do eleitor, com sua ampliação para abranger os crimes hediondos, roubo e crimes dolosos contra a vida.

2. BREVE ESCORÇO HISTÓRICO

A Justiça Eleitoral foi criada em 1932, no governo de Getúlio Vargas, quando foi editado um Código Eleitoral. Em 1934, a Justiça Eleitoral teve sua existência formalizada na Constituição.

O Código Eleitoral de 1932, ao conceder o direito de voto às mulheres, reduzir para 18 anos a idade mínima para o indivíduo se alistar como eleitor e instituir o voto secreto, priorizou os ideais de representatividade e da busca da ‘verdade real’ nas eleições, até então marcadas pela prática constante de fraudes. Foi um autêntico rompimento com os desmandos do coronelismo e da prática do voto de cabresto.

Assim, ganhou muito o Brasil com a instituição da Justiça Eleitoral, pois a um Poder independente caberia fazer o alistamento, a apuração de votos e o reconhecimento e diplomação dos eleitos.

Na República Velha (1889-1930), as fraudes nas eleições eram costumeiras, com a utilização dos mecanismos do ‘bico de pena’ e da ‘degola’. Pelo primeiro, as mesas eleitorais (que também exerciam as funções apuradoras) inscreviam como eleitores pessoas fictícias, ausentes e mortas; pelo segundo, a Comissão de Verificação de Poderes cassava os diplomas dos eleitos considerados ‘inelegíveis ou incompatíveis com o exercício do cargo’, em atos de puro arbítrio.

Por sua vez, os ‘coronéis’ exerciam a sua influência por intermédio do voto de cabresto, determinando aos eleitores do interior os candidatos em que deveriam votar; os ‘coronéis’ também tinham a seu serviço a polícia (cujo chefe nomeavam) e os ‘cabras’, que davam proteção contra os adversários e intimidavam eleitores.

Como uma das formas de garantia da liberdade de voto do eleitor, além do voto secreto, o Código Eleitoral de 1932 (Decreto 21.076/32, de 24/02/1932) estabeleceu, como regra, a vedação da prisão em períodos imediatamente anteriores e posteriores ao dia de votação, nos seguintes termos:

Art. 98. Ficam assegurados aos eleitores os direitos e garantias ao exercício do voto, nos termos seguintes:

§ 1º Ninguém pode impedir ou embaraçar o exercício do sufrágio.

§ 2º Nenhuma autoridade pode, desde cinco dias antes e até 24 horas depois do encerramento da eleição, prender ou deter qualquer eleitor, salvo flagrante delito.

[...]

§ 5º Os membros das Mesas Receptoras, os fiscais de candidatos e os delegados de partido são invioláveis durante o exercício de suas funções, não podendo ser presos, ou detidos, salvo flagrante delito em crime inafiançável.

§ 6º É proibida, durante o ato eleitoral, a presença de força pública dentro do edifício em que funcione a Mesa Receptora ou nas suas imediações.

[...]

O Código Eleitoral de 1932 vedava a prisão de eleitor nos cinco dias antecedentes ao início da eleição até 24 horas após o seu encerramento, *salvo na única hipótese de flagrante delito*.

Os membros das mesas receptoras, fiscais de candidatos e os Delegados de partido só poderiam ser presos no 'período eleitoral' em flagrante delito por crime inafiançável.

Como a força pública, a mando dos coronéis, era freqüentemente utilizada para intimidar o eleitor, a lei proibiu sua presença dentro do edifício em que funcionava a mesa receptora ou nas suas proximidades.

Esse Código Eleitoral não previa para o candidato proibição de prisão diversa da do eleitor comum.

A Lei n.º 48, de 04/05/1935, que modificou o Código Eleitoral, assim dispunha sobre as garantias eleitorais (redação original):

Art. 165. Serão assegurados aos eleitores os direitos e garantias ao exercício do voto, nos termos seguintes:

1) ninguém poderá impedir ou embaraçar a exercício do sufrágio;

2) nenhuma autoridade poderá, desde cinco dias antes e até vinte e quatro horas depois do encerramento da eleição, prender ou deter qualquer eleitor, salvo em flagrante delicto ou em virtude de sentença criminal condenatória por crime inafiançável;

[...]

5) os membros das mesas receptoras, os candidatos, os fiscais de candidatos e os delegados de partidos serão invioláveis durante o exercício de suas funções, não podendo ser presos, ou detidos, salvo em flagrante delicto;

6) é proibida, durante o acto eleitoral, a presença de força pública no edifício em que funcionar a mesa receptora, ou nas suas imediações, observado o disposto no art. 128, § 5º;

7), 8), (9 e)10 [...]

Algumas alterações sensíveis foram introduzidas. Além da prisão em flagrante, tornou-se possível a prisão do eleitor no período eleitoral em razão de sentença criminal condenatória por crimes inafiançáveis. O legislador, sabiamente, já percebendo a insuficiência protetiva, viu-se na obrigação de incluir entre as exceções legais a possibilidade de prisão em razão de sentença condenatória por crime inafiançável.

Houve retração da garantia dos membros das mesas receptoras, fiscais de candidatos e Delegados de partido contra prisões no período eleitoral, passando-se a admitir prisão em flagrante até nos crimes afiançáveis.

A situação do candidato ficou inalterada em relação ao Código Eleitoral de 1932 no que tange à possibilidade de prisão no período eleitoral.

No período do Estado Novo (1937-1945), foram nomeados interventores para o Poder Executivo Estadual e Municipal e as Casas Legislativas foram dissolvidas, não havendo eleições no país. Foi extinta a Justiça Eleitoral.

Posteriormente, o Decreto-Lei n.º 7.586, de 28-05-1945 (que restabeleceu a Justiça Eleitoral), assim se referia às garantias eleitorais:

Art. 108. São assegurados aos eleitores os direitos e garantias ao exercício do voto, nos termos seguintes:

1) ninguém poderá impedir ou embaraçar o exercício do sufrágio;

2) nenhuma autoridade poderá, desde cinco dias antes e até quarenta e oito horas depois do encerramento da eleição, prender ou deter qualquer eleitor, salvo em flagrante delito ou em virtude de sentença criminal condenatória por crime inafiançável;

[...]

5) os membros das mesas receptoras, os fiscais de candidatos ou os delegados de partidos são invioláveis, durante o exercício de suas funções, não podendo ser presos, ou detidos, salvo em flagrante delito;

A única alteração de relevo em relação à legislação anterior foi o aumento do prazo de vedação de prisão após o encerramento da eleição - de 24 horas para 48 horas.

Após, por meio da Lei n.º 1.164, de 24-07-1950 (Código Eleitoral), as garantias eleitorais foram assim vazadas:

Art. 129. São assegurados aos eleitores os direitos e garantias de exercício do voto, nos termos seguintes:

1) ninguém poderá impedir ou embaraçar o exercício de sufrágio;

2) nenhuma autoridade poderá, desde cinco dias antes e até quarenta e oito horas depois do encerramento da eleição, prender ou deter qualquer eleitor, salvo em flagrante delito ou em virtude de sentença criminal condenatória por crime inafiançável;

3) desde quarenta e oito horas antes, até vinte e quatro horas depois da eleição, não se permitirá propaganda política mediante radio-difusão, comícios ou reuniões públicas;

4) os membros das mesas receptoras e os fiscais de partido, durante o exercício das suas funções, não poderão ser detidos ou presos, salvo o caso de flagrante delito; da mesma garantia gozarão os candidatos desde quinze dias antes da eleição;

[...]

A novidade introduzida foi em relação aos candidatos: a restrição à prisão foi ampliada para desde 15 dias antes do início da eleição, período em que ‘a eleição se decide’, ou seja, a época em que as intenções de voto vão se firmando na mente do eleitor.

Posteriormente, sobreveio a edição da Lei n.º 4.737/65 (atual Código Eleitoral) que, no tocante à possibilidade de prisão no período eleitoral, acrescentou a hipótese de desrespeito a salvo-conduto:

“Art. 236. Nenhuma autoridade poderá, desde 5 (cinco) dias antes e até 48 (quarenta e oito) horas depois do encerramento da eleição, prender ou deter qualquer eleitor, salvo em flagrante delito ou em virtude de sentença criminal condenatória por crime inafiançável, ou, ainda, por desrespeito a salvo-conduto.

§ 1º. Os membros das mesas receptoras e os fiscais de partido, durante o exercício de suas funções, não poderão ser detidos ou presos, salvo o caso de flagrante delito; da mesma garantia gozarão os candidatos desde 15 (quinze) dias antes da eleição.

§ 2º. Ocorrendo qualquer prisão o preso será imediatamente conduzido à presença do Juiz competente que, se verificar a ilegalidade da detenção, a relaxará e promoverá a responsabilidade do coator.”

A proibição às prisões no período eleitoral – tirante as exceções legais – tem como uma de suas principais finalidades coibir abusos e evitar ‘armações’ que causem repercussões de tal monta que possam influenciar o eleitor ou colocar em dúvida, por interesse de partidos políticos, os resultados de uma eleição, como se verá mais adiante.

3. RELEITURAS DO ARTIGO 236 DO CÓDIGO ELEITORAL

A insatisfação dos juristas em geral com a rigidez do texto legal, inadequado para fazer frente às candentes necessidades de, em alguns casos durante o período eleitoral, decretarem-se prisões provisórias, vem paulatinamente obrigando os operadores do Direito a fazer novas leituras sobre o artigo 236 do Código Eleitoral, flexibilizando-o em atendimento ao direito constitucional à segurança e ao princípio da efetividade do processo.

Seguem-se alguns posicionamentos que vão desde a afirmação de inconstitucionalidade do artigo 236 do CE e de sua revogação, até sua aplicabilidade restrita aos crimes eleitorais, passando pelos enfoques de que a prisão por determinação de autoridade judicial no período eleitoral não é vedada pela norma em comento e de que é possível o cumprimento da ordem de prisão no período eleitoral, desde que decretada anteriormente a esse período.

a) Revogação e inconstitucionalidade

Joel J. Cândido, eminente especialista em Direito Eleitoral, no plano doutrinário é uma das vozes que se levanta para afirmar a revogação do artigo 236 do Código Eleitoral. E o faz nos seguintes termos:

“Hoje, com a vigência do art. 5º, LXI¹ da Constituição Federal, o art. 236 e § 1º, do Código Eleitoral, está revogado. Mesmo fora daqueles períodos, ninguém pode ser preso, a não ser nas exceções mencionadas na lei. E pelas exceções constitucionais a prisão será legal, podendo ser efetuada mesmo dentro dos períodos aludidos no Código Eleitoral. Em resumo: se a prisão não for nos moldes da Constituição Federal, nunca poderá ser efetuada; dentro dos limites da Constituição Federal pode sempre ser executada, mesmo em época de eleição.” (Joel Cândido, 2003, p. 303).

¹ O inciso LXI do artigo 5º da CF/88 possui a seguinte redação: ‘ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei’.

A Constituição brasileira, tão pródiga na concessão de direitos, não oporia qualquer óbice para que a prisão de eleitores se fizesse dentro do período citado no artigo 236 do CE.

Acolhendo-se essa idéia, forçoso seria também concluir que o artigo 298 do Código Eleitoral está revogado².

Já na senda na inconstitucionalidade, argumenta-se que a vedação posta no artigo 236 do CE consagra verdadeira afronta ao princípio da isonomia, criando duas classes de cidadãos, uma sujeita às prisões cautelares no período do artigo 236 do CE, e outra imune pela simples condição de ser eleitora.

Na visão dos críticos, o art. 236 da Lei n.º 4.737/65 estaria criando um supercidadão, que no período especificado não poderia ser preso. O alistamento eleitoral e o direito de votar seriam os diferenciais. A discriminação não se justificaria, até mesmo porque o não-alistado eleitor também tem participação política, influenciando outros com sua opinião, trabalhando para candidatos, cobrando realizações da classe política etc.

Cite-se outra possível situação que violaria o princípio da isonomia: dois indivíduos que praticaram o mesmo delito censurável, ostentando um a condição de eleitor e o outro não. O último poderá ser preso preventivamente no período do artigo 236 do CE enquanto o primeiro não, dada a sua condição de eleitor.

De outro vértice, poderia haver situações teratológicas com a aplicação irrestrita do art. 236 do CE. Por exemplo: um indivíduo eleitor que cometesse um delito de furto no período eleitoral poderia ter sua liberdade restringida pela prisão em flagrante (prisão provisória). Já um narcotraficante, um estuprador ou um latrocida, indivíduos socialmente muito mais perigosos e que cometeram delitos que causam grande clamor social, não poderiam ter a prisão preventiva ou a prisão temporária decretadas.

Isso não se poderia admitir, pois, como lembra Carlos Maximiliano, *“Deve o Direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis”* (2005, p. 136).

² Art. 298. Prender ou deter eleitor, membro de mesa receptora, fiscal, delegado de partido ou candidato, com violação ao disposto no art. 236: Pena – reclusão até quatro anos.

Em comentário ao artigo 236 do CE, Marcos Ramayana tece as seguintes e judiciosas considerações: *“Consagra o artigo legal evidente exagero, que não mais merece permanecer na ordem jurídica, pois os motivos que embasaram o legislador para a adoção da regra não prevalecem nos tempos atuais”* (2004, p. 353).

Importante referir que no Congresso Nacional tramita o Projeto de Lei n.º 7.573/2006³, de autoria do Deputado Fernando de Fabinho (PFL-BA), que propõe a revogação pura e simples do artigo 236 do Código Eleitoral. A redação do projeto é a seguinte:

“PROJETO DE LEI N.º 7.573/2006

Revoga o art. 236 do Código Eleitoral.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º. Esta lei revoga o art. 236 da Lei n.º 4.737, de 15 de julho de 1965, que institui o Código Eleitoral, de maneira a relativizar o princípio do direito de voto diante do princípio da segurança da sociedade, permitindo em todo o território nacional a prisão dos cidadãos, mesmo no período compreendido entre os cinco dias que antecedem e as quarenta e oito horas que se sucedem à eleição.

Art. 2º. Revogue-se o art. 236 da Lei n.º 4.737, de 15 de julho de 1965.

Art. 3º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.”

Na justificativa do projeto de lei, Sua Excelência faz as seguintes e judiciosas considerações, que certamente externam o pensamento de respeitável parcela da comunidade jurídica e do povo em geral:

“...sopesando o direito de voto e o direito de segurança da sociedade contra os indivíduos que atentam contra os valores que lhe são caros, o legislador preferiu o primeiro, estabelecendo algumas exceções. No entanto, passadas mais de quatro décadas da entrada em vigor da norma e vivendo nós hoje em um mundo

³ Projeto de lei apensado ao Projeto de Lei 7.573/06, de autoria do Deputado Dr. Hélio (PDT-SP), visa acrescentar às ressalvas contra a prisão ou detenção de qualquer eleitor, no período compreendido entre os cinco dias anteriores e as quarenta e oito horas após o encerramento do pleito eleitoral, a hipótese de cumprimento de mandado de prisão expedido por autoridade judiciária competente, nos casos tipificados como crimes hediondos, assim definidos pela Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990.

muito mais violento, penso que não mais se justifica tal garantia eleitoral. O livre exercício do sufrágio há de ser garantido de outra forma, mas não mais dando um salvo-conduto de uma semana a inúmeros criminosos, para que circulem tranqüilamente no período das eleições”.

b) Vedação à prisão somente para crimes eleitorais

Em interessante e instrutivo artigo publicado no **Jornal Correio Braziliense** de 30.09.2002 (Caderno Direito & Justiça), Francisco Rodrigues da Silva, membro do Poder Judiciário de Pernambuco, defende que a vedação à prisão de eleitor nos prazos do art. 236 da Lei n.º 4.737/65 diz respeito exclusivamente aos processos por prática de crimes eleitorais propriamente ditos, excluindo-se as demais espécies de delitos (grifos não constam do original):

“Com efeito, para os crimes eleitorais, e somente para eles, não cabendo para os demais crimes, o Código Eleitoral pátrio, no intuito manifesto de assegurar e garantir o sufrágio universal, em prol da cidadania, que se reflete no direito de votar e ser votado e até mesmo para evitar as conhecidas ‘denúncias pré-fabricadas’, inclusive à instauração de ‘processos eleitoreiros’ contra adversários políticos nos períodos eleitorais, se antecipou, dizendo o seguinte:

“Art. 236, § 1º [...].

“Não nos esqueçamos, sob outro enfoque, que o Código Eleitoral adotou providências iminente (rápida, à época de sua edição) e eminente (de qualidade) com o objetivo de evitar prisões advindas de ‘queixas eleitorais temerárias’ e instauração de ‘processos forjados’ contra desafetos e adversários políticos no período considerado, por lei, como do pleito ou em razão dele.

“Essa causa inteligente e legal, e nesse aspecto aplaudimos de público, de suspensão temporária da eficácia de mandado de prisão, prevista somente no Código de Ritualidade Eleitoral, nas hipóteses que não haja incompatibilidade com a Constituição Federal, se dirige à ordem de segregação processual a bem do rito eleitoral – não confundir com processo criminal eleitoral – por

crime exclusivamente previsto nos artigos do Diploma Punitivo Eleitoral, jamais por crime de outra natureza (crime comum, federal, militar, tributário, econômico, de responsabilidade, etc), previstos no Código Penal e leis especiais.

“Nesse viés, se ninguém deve ser segregado ou levado à prisão por fato alheio, estranho, sem conexão ou continência com o fato-crime objeto de prisão previamente definido em lei como crime, é intuitivo também que ninguém mereça ser beneficiado por um privilégio dado a certa modalidade de crime. Trocando em miúdos, ninguém tem o direito de que seja suspensa ou sobrestada ordem de prisão por um crime comum, quando referido privilégio foi concedido tão-somente aos crimes eleitorais em benefício de procedimento eleitoral. Daí admitirmos, entretanto, que ordem judicial de prisão daquele período, de fato e de direito, deve ser sobrestada, porém unicamente por fato indigitado criminoso na órbita eleitoral, a bem dos objetivos da República Federativa do Brasil, quais sejam, a soberania popular e a cidadania, não se cogitando em crimes de outras naturezas e diverso do pleito.”

As assertivas do culto magistrado apontam, portanto, para a necessidade de utilizar-se da técnica de ‘interpretação conforme a Constituição’ para compatibilizar o art. 236 da Lei n.º 4.737/65 com a Carta Magna.

Na técnica de interpretação conforme a Constituição, obter-se-ia uma única interpretação do art. 236 do Código Eleitoral, afastando-se as demais interpretações possíveis.

Segundo o magistério de Gilmar Mendes, na interpretação conforme a Constituição o Tribunal declara qual das possíveis interpretações se revela compatível com a Lei Fundamental. Essa forma de decisão possui flexibilidade, que permite renúncia ao formalismo jurídico em nome da idéia de justiça material e da segurança jurídica (2005, p. 287).

Não há se confundir essa técnica com a declaração de nulidade sem redução de texto, na qual os órgãos da Adminis-

tração Pública e do Poder Judiciário ficam impedidos de adotar determinadas interpretações, mas sem prejuízo das demais existentes.

Na interpretação conforme a Constituição, esclareça-se, o Poder Judiciário e a Administração Pública ficam proibidos de patrocinar toda e qualquer interpretação diversa daquela encampada pela Corte Constitucional.

c) Cabimento de prisão provisória por ordem judicial

Em outro importante trabalho doutrinário⁴, no qual também é feita uma interpretação conforme a Constituição, Geraldo Francisco Pinheiro Franco sustenta que o preceito do artigo 236 da Lei n.º 4.737/65 visa, em razão da importância de um pleito eleitoral para a Nação, evitar embaraços ilícitos ao exercício de voto. No entanto, fundado o impedimento em ordem judicial ou inquérito policial, em sede de segregação cautelar, não há como considerar tal circunstância um óbice ilícito ao exercício do sufrágio.

Prossegue o autor dizendo que

“...não haverá, no ato de custódia, qualquer desvio ou abuso de poder de autoridade contrário à liberdade de voto (artigo 237 do C.E.). Haverá, sim, a ação da autoridade em prol da sociedade, visando a responsabilização eficaz do cidadão pela prática de delito, com sua segregação por força de permissivo judicial, evidenciando não estar ele apto a permanecer livre”.

Concluindo, afirma que seu posicionamento é no sentido de

“... que a ordem de prisão passada por autoridade judiciária competente, seja de cunho definitivo, seja de cunho cautelar, não pode ser entendida como óbice a legítimo exercício de sufrágio, nem abuso de poder em desfavor da liberdade do voto, podendo ser cumprida mesmo no lapso estipulado no artigo 236 da Lei Eleitoral”.

⁴ “A prisão de eleitores nas vésperas da eleição”, publicado no **Boletim IBCCRIM** n.º 20 – setembro de 1994.

Essa linha de idéias desafia novamente a aplicação da técnica de interpretação conforme a Constituição. O enfoque dado pelo autor sugere que a vedação à prisão nos prazos do art. 236 do CE diz respeito, tão-somente, aos embaraços ilícitos para o exercício do sufrágio, e não à normal atividade jurisdicional de decretação de prisões, sejam elas cautelares ou definitivas.

d) O significado do verbo 'prender' no *caput* do art. 236 do Código Eleitoral

Finalmente, é de serem feitas algumas considerações sobre o significado do verbo 'prender', contido no *caput* do artigo 236 do CE.

Autores há que sustentam que a prisão de um acusado possui dois momentos distintos: a decretação e a execução do comando judicial.

Segundo Paulo Guimarães, especialista em Direito Eleitoral:

“Quando o Código Eleitoral afirma que nenhuma autoridade pode ‘prender’ candidatos em um determinado período, ele se refere à decretação, e não ao ato físico de prender’. Assim, se a prisão foi decretada antes do período previsto no artigo 236 do CE, é válida e pode ser executada a qualquer momento, até que sobrevenha ordem judicial em sentido contrário”.

4. VISÃO CRÍTICA DOS POSICIONAMENTOS DO ITEM ‘3’

Em que pese respeitáveis os quatro posicionamentos acima mencionados, crê-se não ser possível fazer interpretações tão restritivas do artigo 236 do CE, ou, ainda, considerá-lo revogado ou simplesmente inconstitucional. Salvo melhor juízo, a garantia do direito ao voto e o direito à segurança não só podem como devem coexistir no nosso ordenamento jurídico. As propostas hermenêuticas vistas no item ‘3’ esvaziavam de maneira significativa a garantia do direito ao voto editada pelo legislador positivo.

Rui Stocco e Leandro de Oliveira Stocco não compartilham do entendimento que o art. 236 do CE estaria revogado. Sustentam esses autores que:

“...o só fato do advento da Constituição Federal e do disposto no seu art. 5º, inciso LXI não tem o condão de impedir que a lei específica (Cód. Eleitoral) estabeleça regras de exceção e de validade temporária para o período eleitoral, voltadas à proteção e regularidade do pleito e para assegurar o direito constitucional do exercício da cidadania através da manifestação da vontade, expressada através do voto. Aliás, este Código Eleitoral foi posto a lume quando vigorava uma outra Constituição, que já previa a possibilidade de prisão com as garantias que especificava e nas hipóteses previstas em lei infraconstitucional, cuja sede principal é o Código de Processo Penal” (p. 751).

A época de eleições (independentemente dos cargos em disputa), pelas suas características específicas e grandes transformações, que dizem respeito à própria organização do Estado, é um período de exceção. *E nesse período de exceção deve ter primazia a legislação eleitoral.*

São vários os motivos que ainda justificam, *embora com alguns temperamentos*, a garantia prevista no artigo 236 do Código Eleitoral. Mencionar-se-ão alguns.

1) especialmente nas eleições municipais, é assaz comum os candidatos aos cargos eletivos majoritários ou proporcionais se elegerem por escassa margem de votos, que algumas vezes não chega a uma dezena. Candidatos nas eleições proporcionais perdem eleições ou tornam-se suplentes por um ou dois votos. Nas últimas eleições municipais (2004), candidatos foram eleitos com apenas dois ou três votos de vantagem sobre seus adversários⁵. Em outros casos, candidatos à vereança obtiveram o mesmo número de votos, tendo a ocupação do cargo eletivo de ser decidida por critérios de desempate⁶. Nessas situações, vê-se bem que a prisão de um ou dois eleitores do candidato que se sagrou vencedor, feita no período do art. 236 do CE, poderia inverter completamente o resultado das eleições, fraudando-se, assim, a vontade popular.

⁵ Nas eleições municipais de 2004, por exemplo, Darci Savegnago (PT) elegeu-se Prefeito de Taquarucu do Sul/RS, com 999 votos, enquanto seu concorrente, Vanderlei Zanatta (PMDB), fez 996 votos.

⁶ Por exemplo, em Sarzedo (MG), Expedito João Bernardo (Pastor Expedito) e Marlene Ribeiro (Marlene do Sítio), ambos candidatos a Vereador pelo PDT, fizeram 151 votos, elegendose o primeiro por ser o mais idoso.

2) A prisão de candidatos, fiscais e delegados de partidos ou coligações, especialmente após o término da votação, poderia ensejar fraudes nas eleições por falta de fiscalização na apuração de votos.

Antes do advento das urnas eletrônicas, a apuração dos votos era feita manualmente, com anotações em planilhas, e sujeita a vários erros, de forma que uma fiscalização intensa dos partidos era primordial para que não houvesse distorção da vontade popular externada nas urnas.

Claro que hoje, em razão da utilização das urnas eletrônicas, as apurações dos votos não se estendem por vários dias, como antigamente, e as chances de fraudes e erros diminuíram bastante, mas nem por isso a fiscalização deve ser negligenciada, pois é fator de legitimação do pleito.

Fávila Ribeiro faz as seguintes observações ao comentar o § 1º do art. 236 do Código Eleitoral (os grifos não constam do original):

“Enquanto para os mesários e fiscais de partidos não houve cronometração de tempo, em relação aos candidatos recua essa garantia aos 15 dias que precedem as eleições. Para os mesários, o lapso de tempo pode ser mais dilatado se for cometido à própria mesa receptora o encargo de proceder também à contagem de votos, nos termos dos arts. 188-189 do Código Eleitoral. Se houver essa distensão funcional, persistirão em atividade os mesários, ficando ainda amparados pela garantia até o completo encerramento dos trabalhos.

“No tocante aos fiscais, para os que devam atuar exclusivamente nas atividades pertinentes à votação, logo após a sua realização ficam desprovidos da garantia eleitoral. Para os que estejam no desempenho de atividade de fiscalização na fase de apuração é compreensível que se dilate a garantia até que se concluam os trabalhos de apuração da circunscrição em que estejam participando. Quanto aos candidatos, retrocede a proteção legal a 15 dias antecedente ao pleito, e deve manter-se eficaz enquanto estiver pendente a apuração para que tenham ensejo de assistir e participar

de todos os trabalhos em resguardo de seus interesses e da própria mecânica representativa. (2000, p. 417-418).

3) Outro motivo para vedar a prisão no período eleitoral foi evitar o abuso da força policial para intimidar o eleitor. Era comum (e ainda é), especialmente nas pequenas comunas, uma espécie de subordinação da polícia aos poderosos locais. Policiais eram facilmente cooptados pelos ‘coronéis’ locais e atuavam a seu serviço, intimando eleitores com ameaças de prisão para que votassem ou deixassem de votar em determinados candidatos. *Muitas vezes a prisão era feita em caráter de represália, imediatamente após a eleição, motivo também para que a garantia eleitoral fosse estendida para até 48 horas após o encerramento da votação.*

Oportuno lembrar que até o advento do Código Eleitoral de 1932 não havia, na prática, o voto secreto, de forma que era fácil os chefes locais saberem em quem determinados eleitores votaram.⁷

É de bom alvitre ressaltar que os membros do Poder Judiciário também eram muito sujeitos às influências dos chefes políticos locais, nem sempre exercendo os juízes suas funções com a isenção necessária⁸.

4) A vedação à prisão antes e depois da eleição também foi positivada para evitar acirramento de ânimos, especialmente nas pequenas comunas. Sabe-se que eleição é paixão, e as pessoas muitas vezes perdem o senso de medida em época eleitoral. A prisão de eleitor no período eleitoral pode dar ensejo a vinganças contra partidários de agremiação oposta, principalmente quando se acredita que eles de alguma forma contribuíram para a prisão. Conturba-se, assim, o ambiente eleitoral, o que faz com que muitos eleitores sequer compareçam às urnas, tudo para preservar a integridade física e, às vezes, a própria vida.

Em todas as eleições, o TSE tem de autorizar o envio de tropas do Exército para garantir a tranquilidade do pleito em alguns lugares do país.

⁷ Para se ter uma boa visão do poder dos chefes locais em determinar o voto dos eleitores de alguma forma subordinados à sua ‘autoridade’, imperdível a leitura da obra **Coronelismo, enxada e voto**, de Víctor Nunes Leal.

⁸ Não caia no olvido, por exemplo, que mais recentemente na nossa história o Ato Institucional n.º 5, de 1968, conferiu ao Chefe do Poder Executivo Federal poderes para demitir, remover, aposentar ou colocar em disponibilidade os magistrados, sendo suspensas as garantias constitucionais da vitaliciedade e inamovibilidade. Sem a garantia da inamovibilidade, se um magistrado proferir uma decisão que vá contra os interesses de um Chefe do Executivo, por manobras políticas poderia ser transferido para uma Comarca distante.

Em 2002, justificando o envio de tropas federais para as eleições do Distrito Federal, o então Vice-Presidente do TSE, Sepúlveda Pertence, afirmou: “A possível briga entre as duas torcidas, a situação delicada, as notícias e os boatos recentes foram importantes na hora de decidir⁹.”

Ainda, forças policiais são reforçadas em muitas cidades face ao periclar da segurança pública por razões de disputas eleitorais.

5) prisões provisórias indevidamente decretadas no período eleitoral poderiam influenciar o resultado das eleições. Pense-se no impacto que poderia ter perante o eleitorado a prisão de um candidato a cargo eletivo às vésperas da eleição. Poderia significar uma derrota certa e redução significativa de votos para os demais candidatos de seu partido ou coligação, mediante maliciosa e demagógica exploração do fato pelo partido adversário. O mesmo se diga de prisão de influente cabo eleitoral.

6) a vedação à prisão no período eleitoral também contribui para que o resultado das eleições não seja posto em dúvida. É importante fator de legitimação do pleito. Uma eleição tumultuada, com um grande número de prisões no período, algumas de impacto devido à notoriedade do preso, podem fazer a população acreditar em manipulação e resultados viciados.

Considerando tais motivos, o entendimento dos doutrinadores referidos no item ‘3’ reduz muito a garantia eleitoral da vedação à prisão, tão necessária ao efetivo exercício da cidadania.

Como ensina Gilmar Mendes,

“... as decisões fundamentais do legislador, as suas valorações e os objetivos por ele almejados estabelecem também um limite para a interpretação conforme a Constituição. Não se deve conferir a uma lei com sentido inequívoco significação contrária, assim como não se devem falsear os objetivos pretendidos pelo legislador” (2005, p. 290).

Cabe, então, uma indagação. Haverá situações em que as prisões preventivas e temporárias poderão ser decretadas no prazo do artigo 236 do Código Eleitoral? As garantias eleitorais do direito ao

⁹ Correio Braziliense, 27 de outubro de 2002.

voto prevalecerão sempre quando em confronto com outros direitos fundamentais? Haverá forma de compatibilizá-los?

5. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

É pacífico na doutrina e na jurisprudência que os direitos fundamentais não são intocáveis e absolutos. Como o homem vive em sociedade, estando em contato permanente com seu semelhante - que também goza de direitos e garantias -, natural que surjam situações de conflitos e choques entre esses direitos.

Tem-se colisão ou conflito de direitos sempre que a Constituição proteja, ao mesmo tempo, dois valores ou bens que estejam em contradição em um caso concreto.

No tema que se trata, evidencia-se uma colisão entre direitos da coletividade (segurança pública, manutenção da ordem pública, efetividade do processo penal) e o direito do particular ao voto.

Respeitados os entendimentos em sentido contrário, em determinadas situações é de se permitir a decretação de prisões cautelares (temporárias e provisórias) nos prazos do art. 236 do Código Eleitoral, sacrificando-se parcialmente o direito individual.

Um exemplo em que a segregação cautelar se faz necessária, em detrimento do direito de voto, ocorre quando o acusado está ameaçando ou aliciando as testemunhas de um processo criminal. Se atingir o seu intento, a persecução penal (de interesse de toda a sociedade) restará prejudicada e a impunidade será alcançada.

A possibilidade iminente de fuga de um acusado de crime também é motivo suficiente para que, em certos casos, se possa relativizar a regra de proibição à prisão no prazo do art. 236 do CE. O mesmo se diga de crimes que abalam a ordem pública, seja pela grande repercussão do fato ou pela extrema periculosidade do agente.

Indaga-se: um atentado contra vida de policial civil ou militar em serviço não causa abalo à ordem pública? Os vários atentados cometidos por membros do PCC (organização criminosa Primeiro Comando da Capital) contra as forças policiais, em sendo realizados dentro do período eleitoral, não justificariam uma prisão cautelar, presentes os pressupostos para sua decretação?

Por evidente, os fatos acima narrados ensejariam o sacrifício do direito individual, até mesmo porque é preciso preservar a credibilidade

de da justiça perante os jurisdicionados. A população – com inteira razão – não entende que em casos como esses a prisão não possa ser decretada. A aceitação acrítica do dispositivo legal permitiria, por exemplo, que acusado não sentenciado, mas foragido, pudesse aparecer livremente na cidade, em franco escárnio ao sistema de justiça, minando sua credibilidade e corroendo a confiança do povo nas instituições.

Em uma sociedade complexa como a nossa, é cada vez maior a tensão entre os direitos fundamentais do indivíduo e os de interesse da sociedade como um todo: direito à segurança, efetividade do processo judicial etc. Nestes casos, a Constituição implicitamente autoriza que o legislador e o Poder Judiciário façam restrições aos direitos fundamentais, utilizando-se do princípio da proporcionalidade.

Pelo referido princípio, quando dois princípios entram em rota de colisão porque a aplicação de um provoca redução da esfera de aplicação de outro, cabe determinar se essa redução é proporcional, à vista da importância do princípio atingido. Em certos casos, indubitavelmente, sobrelevar-se-á o direito fundamental à segurança.

Ora, toda pessoa que se encontre no território do país tem direito à segurança, cabendo ao poder público promover este direito, garantindo à população o direito de ir e vir, de se estabelecer com tranquilidade, de ter sua intimidade preservada, sem que sua integridade física, moral ou psicológica seja colocada em risco.

Nas condições históricas em que vivemos, a garantia do direito ao voto deve ser relativizada em prol do direito à segurança, de que é titular a coletividade inteira e não somente alguns indivíduos. O direito ao voto pode ser compatibilizado com o direito à segurança, bastando que o Estado crie meios para que o preso provisório possa ser conduzido a local de votação no dia do pleito eleitoral.

O que não pode acontecer é ingenuamente fechar-se os olhos para a onda de violência que assola o país (fomentada pela frouxidão das leis penais) e endeusarem-se os que cometem delitos graves, a ponto de lhes blindar contra prisões preventivas e temporárias nos prazos do artigo 236 do Código Eleitoral. É preciosa a lição de Scalquette:

“É incontestável que a proteção dos direitos fundamentais é meio para assegurar a liberdade e dignidades humanas, mas, como

vimos, por vezes, esses direitos têm que ser limitados face às situações em que o bem comum exige sacrifícios individuais para garantia da ordem pública, pois acima dos interesses individuais está o interesse da coletividade, e garantir o respeito aos direitos e liberdades não pode ser entendido como pretexto para que a desordem e a instabilidade pública se instaurem” (2004, p. 173) (grifo não constante do original).

Assim, é de se advogar a possibilidade de prisão provisória em ‘situações-limite’, tais como nos casos de roubo, crimes hediondos e crimes dolosos contra a vida, como se passará a ver.

6. DA NECESSIDADE DA PRISÃO CAUTELAR PARA CRIMES HEDIONDOS E DE ROUBO NO PRAZO DO ART. 236 DO CÓDIGO ELEITORAL ALÉM DAS HIPÓTESES DE FLAGRANTE, SENTENÇA CONDENATÓRIA POR CRIME INAFIANÇÁVEL E DESRESPEITO A SALVO-CONDUTO

Em linhas gerais, pode-se dizer que crimes hediondos são aqueles que se mostram repugnantes, sórdidos, asquerosos, horrendos, seja pela sua gravidade objetiva, seja por seus meios de execução.

Em razão disso, a própria Constituição Federal estabeleceu regime mais rigoroso no trato com esses crimes, considerando-os inafiançáveis e vedando a graça e a anistia.

O legislador infraconstitucional não formulou um conceito de crime hediondo, preferindo aplicar o ‘rótulo’ hediondo a alguns delitos descritos no Código Penal e em leis especiais. Por expressa disposição constitucional (art. 5º, LXIII), equipararam-se aos hediondos os crimes de tortura, terrorismo e o tráfico ilícito de entorpecentes e de drogas afins¹⁰.

¹⁰ A teor do art. 1º da Lei n.º 8.072/90, são considerados hediondos os seguintes crimes capitulados no Código Penal:

I – homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V); II – latrocínio (art. 157, § 3º, *in fine*); III – extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º); IV – extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, *caput* e §§ 1º, 2º e 3º); V – estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, *caput*, e parágrafo único); VI – atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, *caput*, e parágrafo único); VII – epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º); VII-A (Vetado); VII-B – falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput* e § 1º, 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei 9.677 de 2 de julho de 1998).

A Lei n.º 8.072/90, afinada com o rigorismo exigido pela Constituição, estabeleceu outras restrições, tais como a proibição de concessão de indulto e liberdade provisória; maior tempo de cumprimento de pena (2/3) para concessão de livramento condicional; aumento dos prazos de prisão temporária para os crimes hediondos etc.

Como magistralmente exposto por Volnei Corrêa Leite de Moraes Júnior:

“...a instituição da categoria dos crimes hediondos, claramente não traduzindo um direito, certamente é uma garantia dos direitos fundamentais – à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5º, caput).

*“Conseqüentemente, os inimigos da Lei dos Crimes Hediondos são inimigos dos direitos fundamentais, que aquela **garantia** resguarda, são inimigos do garantismo constitucional, são inimigos da Constituição-Cidadã. Significa dizer: são hipócritas, porque vivem a proclamar juras de amor ao garantismo, quando na verdade desejam ver abolida uma das mais eficazes garantias dos Direitos Humanos” (2003, p. VIII).*

Já o delito de roubo, seja na forma simples ou qualificada, é um dos que mais levam pânico à população. O cidadão de bem é ‘atormentado’ pelos assaltantes no recesso de seu lar, nos seus locais de trabalho, lazer e estudo. Em conseqüência, o cidadão restringe ao máximo as suas atividades sociais, deixando de freqüentar determinados lugares ou só os freqüentado em horários que considera menos arriscados.

A lição ainda é de Volney Corrêa Júnior: “não há nada mais dramaticamente objetivo, mais pungentemente concreto, mais tragicamente real do que a teia de pavor na qual os cidadãos pacatos se vêem envolvidos pelos ladrões violentos” (p. 24).

Já os crimes dolosos contra a vida representam as interdições máximas da convivência em sociedade, pois lesam o mais importante dos direitos fundamentais; com efeito, estar vivo é a condição para o exercício de qualquer direito.

No parágrafo único do art. 1º da Lei 8.072/90, é prescrito que também se considera hediondo o crime de genocídio, consumado ou tentado.

Propugna-se aqui, então, que além das exceções previstas no artigo 236 do CE, possa haver a prisão cautelar de eleitor nos casos de cometimento de crimes hediondos, de crimes dolosos contra a vida e de roubo.

Resta evidente que, pela sua distinta natureza, os crimes hediondos, dolosos contra a vida e o roubo merecem tratamento diferenciado dos demais crimes. E tanto é assim que esses delitos normalmente têm penas elevadas.

A prisão provisória por esses delitos impedirá que seus autores fiquem livres durante o prazo do art. 236 do CE, evitando-se a evasão dos criminosos, a intimidação de testemunhas e a prática de novos crimes, protegendo-se, assim, a sociedade.

E, indaga-se, por que meios, no prazo previsto no artigo 236 do CE, além das exceções expressas, se estenderá a prisão provisória aos eleitores que cometeram crimes hediondos, crimes dolosos contra a vida e roubo? A resposta pode estar na utilização das chamadas sentenças ou decisões aditivas.

7. AS DECISÕES ADITIVAS

Em profícuo artigo, Celso Ribeiro Bastos¹¹ teceu as seguintes considerações sobre as mais recentes técnicas de interpretação constitucional (grifos não constantes do original):

“Na interpretação constitucional tradicional não é permitido ao intérprete fazer qualquer alargamento ou restrição no sentido da norma de modo a deixá-la compatível com a Carta Maior. No segundo pós-guerra o que se assiste é uma inclinação da jurisprudência no sentido de maximizar as formas de interpretação que permitam um alargamento ou restrição do sentido da norma de modo a torná-la constitucional. Procura-se buscar até mesmo naquelas normas que à primeira vista só parecem comportar interpretações inconstitucionais - através da ingerência da Corte Suprema alargando ou restringindo o seu sentido - uma interpretação que a coadune com a Carta Magna.

¹¹ “As modernas formas de interpretação constitucional”. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=89>>. Acesso em: 05 jan. 2007.

Vale dizer que nas tradicionais formas de interpretação constitucional apenas se levantavam todas as possíveis interpretações e confrontavam-se com a Constituição. O intuito das modernas formas de interpretação constitucional é o de buscar no limiar da constitucionalidade da norma algumas interpretações que possam ser aproveitadas desde que fixadas algumas condições.”

E é nesse quadro que se inserem as sentenças ou decisões aditivas.

Sentenças ou decisões aditivas são decisões judiciais que, em questionamento sobre a constitucionalidade de ato normativo, acolhem a impugnação, sem invalidá-lo. Em vez de operar-se a expulsão da norma do ordenamento jurídico, ela fica mantida com o acréscimo ao seu conteúdo de uma regulação que faltava para efetivar sua concordância com a Constituição.

Conforme a lição de Edílson Pereira Nobre Júnior (p. 121):

“Nessas decisões, a estrutura literal da norma combatida se mantém inalterada, mas o órgão de jurisdição constitucional, criativamente, acrescenta àquela componente normativo, vital para que seja preservada sua conciliação com a Lei Fundamental. A sua ocorrência coincide com as hipóteses em que o tribunal reconhece a existência de omissão parcial, justamente porque permitem o acréscimo do necessário para tornar a norma impugnada concordante com os mandamentos constitucionais” (grifo não constante do original).

Assim, a inconstitucionalidade não estaria no conteúdo do que a regra jurídica prescreve, mas, ao contrário, no fato de a norma não prescrever aquilo que a Constituição exige.

Segundo Jorge Miranda,

“Nas decisões aditivas (também ditas modificativas ou manipulativas) a inconstitucionalidade detectada não reside tanto naquilo que ela não preceitua; ou, em outras palavras, a inconstitucionalidade

acha-se na norma na medida em que não contém tudo aquilo que deveria conter para responder aos imperativos da Constituição. E, então, o órgão de fiscalização acrescenta (e, acrescentando modifica) esse elemento que falta” (2002, p. 514).

Dito em outras palavras: há possibilidade de sentenças aditivas quando uma norma apresenta carga normativa inferior à que constitucionalmente deveria possuir. Há uma autêntica inconstitucionalidade por insuficiência protetiva. Os órgãos jurisdicionais, nesse caso, reputam inconstitucional a norma na parte em que não prevê determinada regulamentação. *A sentença aditiva introduz no ordenamento o conteúdo normativo faltante.*

No caso do art. 236 do CE, a ele deveriam ser ‘adicionadas’ as hipóteses de prisões preventivas por roubos, crimes hediondos e crimes dolosos contra a vida, de forma a fazer sua concordância com o mandamento constitucional do direito à segurança.

Em síntese: o artigo 236 do Código Eleitoral *somente pode ser ‘salvo’ de uma declaração de inconstitucionalidade com o uso da técnica de sentença aditiva.* Para tanto, deve-se: a) agregar-se às exceções à prisão referidas no citado artigo as hipóteses de prisão cautelar por cometimento de crimes contra a vida, roubo e crimes hediondos; b) estender-se aos candidatos a possibilidade de prisão em virtude de *sentença condenatória transitada em julgado.*

Não são apenas os tribunais que podem se valer da técnica de decisões ou sentenças aditivas, podendo fazê-lo qualquer Órgão do Poder Judiciário, pois exercem jurisdição constitucional.

A prisão provisória no período eleitoral para os que cometem crimes dolosos contra a vida, crimes hediondos e roubos também prestaria homenagem ao princípio da isonomia. Com efeito, se cabível prisão em casos de flagrante e sentença condenatória sem trânsito em julgado para indivíduos que praticaram crimes de menor gravidade, com mais razão ainda deverá se dar a segregação provisória nos crimes de maior gravidade, só que na forma de prisões temporárias ou preventivas.

Qualquer valor constitucional pode ser priorizado em uma sentença aditiva, inclusive – e especialmente - o direito à segurança.

7.1 Rebatendo as Críticas às Decisões ou Sentenças Aditivas

De plano já se nota que a principal crítica que os doutrinadores fazem à utilização das decisões ou sentenças aditivas é que estas se constituíam em uma inadmissível usurpação da função legislativa por parte dos Órgãos do Poder Judiciário.

Entretanto, é de se ressaltar que nas sentenças aditivas os órgãos judicantes não criam livremente a norma jurídica, à semelhança do que faz o legislador, mas apenas ‘descobrem’, especificam, aquela já existente implicitamente no ordenamento jurídico ou passível de extração dos comandos constitucionais, a fim de preencher um ‘vazio’ constitucional.

Apropriada, nesse passo, menção às lições de Edílson Pereira Nobre Júnior quando trata do tema (grifos não constantes do original):

“...não há que se equiparar tal atividade à legislação. O complemento introduzido pelas lições em exame, além de efeito indireto de declaração de inconstitucionalidade, não deriva de pura imaginação da Corte Constitucional, mas de integração analógica resultante de outras normas ou princípios constitucionais, cuja descoberta advém do engenho daquela.”
“Perfilha o juiz constitucional, apenas e tão-só, solução constitucionalmente obrigatória...”

“Noutro passo, viceja raciocínio, com prestígio doutrinário (cf. PUGLIOTTO, 1992, p. 3674-3679), segundo o qual o objeto principal da sentença aditiva apenas ilusoriamente seria uma omissão legislativa parcial. Diversamente, constitui uma norma vivente a patrocinar a exclusão não consentida constitucionalmente.”
(...)

Retomando o ponto: nas sentenças aditivas, não se tem a elaboração de uma norma jurídica, mas somente o complemento da norma existente, a partir de solução já constante no ordenamento jurídico, cuja descoberta se deu pelo trabalho do hermenêuta. Aqui, não há confundir atividade de criação jurídica com atividade legislativa.

Destaca Rui Medeiros¹² que:

¹² Citado em trecho do voto do Ministro do STF, Gilmar Mendes, no julgamento do MI 670-9/ES.

*“Efectivamente, embora parte da doutrina admita que as decisões modificativas são proferidas no exercício de um poder discricionário do Tribunal Constitucional e se contente em pedir aos juízes constitucionais que usem a sua liberdade de escolha com parcimônia, **numerosos autores esforçam-se por sublinhar que não está em causa o exercício de uma função substancialmente criativa ex nihil, verificando-se tão-somente a extração de um quid iuris já presente — de modo cogente e vinculativo para o próprio legislador — no ordenamento.** Nesta perspectiva, o órgão de controle, ao modificar a lei, não actua como se fosse legislador, já que ‘não possui aquele grau de liberdade de opção para definir o escopo legal que é atributo do legislador’. ‘O quid iuris adiectum, ainda que não explicitado formalmente na disposição ou no texto (verba legis), está já presente, e in modo obbligante, no próprio sistema’.”*

Enfocando o assunto sob um outro ângulo, não se pode deixar de perceber que o Poder Judiciário atua como uma espécie de ‘Delegado’ do Poder Constituinte originário para fazer a defesa da Constituição. Assim, um certo ativismo judicial, mais do que desejável, é indispensável para a efetivação dos direitos, postergada pela inércia legislativa.

É dever do magistrado, ante a omissão legislativa, valer-se da Constituição para dar efetividade ao direito em risco de perecimento ou de drástica redução de efetividade.

Uma Constituição possui cláusulas gerais, abertas, e conceitos de valores tais como igualdade, dignidade, segurança etc., o que inevitavelmente deixa ao intérprete uma vasta gama de deliberações possíveis.

Como se pode razoavelmente concluir, um dos objetivos buscados pela norma veiculada no artigo 236 do Código Eleitoral foi evitar que os órgãos judiciais decretassem prisões cautelares resultantes de elementos precários ou infundados, motivadas por perseguição política, e que pudessem resultar em sério gravame eleitoral.

Em um determinado momento histórico, preferiu o legislador, no conflito entre o direito à segurança pública e o direito ao voto, privilegiar o último.

No entanto, houve sensível modificação das condições históricas, *o que não pode deixar de influir na interpretação dos textos legais.*

O Brasil de hoje não é mais aquela sociedade agrária e atrasada socialmente da década de 30, momento em que surgiu pela primeira vez no ordenamento jurídico a proibição de prisão de eleitores durante o período eleitoral.

De outro vértice, o quadro da violência é absolutamente diferente daquele em que a proibição das prisões cautelares no período eleitoral foi gestado. A violência explode no país. Todo dia os meios de comunicação social noticiam crimes contra a vida cometidos de forma bárbara, estupros, roubos praticados por quadrilhas, tráfico de drogas, latrocínios etc. Assim, a interpretação tradicional do art. 236 do CE, além de beneficiar os autores dos delitos mencionados, mina de forma perigosa a credibilidade do sistema de justiça, que fica impotente para dar uma resposta à sociedade no período eleitoral.

A jurisprudência tem como uma de suas missões ‘atualizar’ o texto legal defasado pelo tempo, garantindo-lhe ‘sobrevivência’ e aplicação até que alterações legislativas se processem.

E combata-se, desde logo, a afirmação de que, ao estender-se as hipóteses permissivas de prisão durante o prazo do art. 236 do CE, estar-se-ia violando o princípio da legalidade ou fazendo-se analogia *in malam partem*. Inexiste analogia *in malam partem* contra ou em relação à Constituição.

Uma constatação óbvia: o Direito não pode ser isolado do ambiente em que vigora. *E não se pode olvidar, também, que o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil dá o sentido pelo qual a lei deve ser interpretada: de acordo com os fins sociais a que ela se dirige e com as exigências do bem comum.*

Como ensina de forma lapidar Maria Helena Diniz (grifos não constantes do original):

“Na falta de definição legal do termo ‘fim social’ o intérprete aplicador em cada caso sub judice deverá averiguar se a norma a aplicar atende à finalidade social, que é variável no tempo e no espaço, aplicando o critério teleológico na interpretação da lei, sem desprezar os demais processos interpretativos.

O fim social é o objetivo de uma sociedade, encerrado na somatória de atos que constituirão a razão de sua composição; é, portanto, o bem social, que pode abranger o útil, a necessidade social e o equilíbrio de interesses etc. [...].Conseqüentemente, fácil será perceber que comando legal não deverá ser interpretado fora do meio social presente; imprescindível será adaptá-lo às necessidades sociais existentes no momento de sua aplicação. Essa diversa apreciação e projeção no meio social, em razão da ação do tempo, não está a adulterar a lei, que continua a mesma” (1997, p. 163-164).

Não se perca de vista também que, se de um lado o Estado deve proteger o cidadão contra os excessos/arbítrios do direito penal e do processo penal (garantismo no sentido negativo, que pode ser representado pela aplicação do princípio da proporcionalidade enquanto proibição de excesso - *Übermassverbot*), esse mesmo Estado não deve pecar por eventual proteção deficiente (garantismo no sentido positivo, representado pelo princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente – *Untermassverbot*).

Situação deveras perigosa ao interesse social é a aceitação literal e acrítica do comando normativo albergado pelo artigo 236 do CE por parte da comunidade jurídica. Repete-se à exaustão a proibição de prisão do eleitor sem se pensar criticamente sobre a irrazoabilidade e a inconstitucionalidade por omissão da norma.

Nesse quadro, alvissareira é a tramitação no Congresso Nacional do Projeto de Lei do Senado 290/2006, de autoria da Senadora Serys Slhessarenko (PT-SC), que visa a alteração do art. 236 do CE para permitir no período a prisão provisória de autores de crimes hediondos e de crimes dolosos contra a vida. Como bem referiu a Senadora na exposição de motivos do referido projeto de lei, “a violência tem aumentado consideravelmente, de maneira que a manutenção do dispositivo, na forma em que vigente, beneficiará autores de crimes brutais, como assassinos e estupradores, como freqüentemente têm noticiado os meios de comunicação”.

Concluindo: se os operadores do Direito quiserem ver um avanço de sua jurisdição constitucional para a proteção dos direitos funda-

mentais da coletividade, não devem olhar a utilização de sentenças aditivas com a velha mentalidade de que o Poder Judiciário só pode atuar como o legislador negativo.

8. CONCLUSÕES ARTICULADAS

1. A vedação à prisão de eleitores durante os períodos imediatamente antecedentes e posteriores à realização do pleito (salvo exceções legais) existe no Brasil desde a edição do Código Eleitoral de 1932.

2. Essa vedação tinha como objetivos, basicamente: a) garantir o comparecimento máximo às urnas, já que em muitas eleições há vitórias de candidatos por escassa margem de votos ou até por critérios de desempate; b) evitar que a prisão de candidatos, eleitores, delegados de partidos e fiscais de partidos e coligações pudesse concorrer para a ocorrência de fraudes na apuração pela falta ou deficiência de fiscalização; c) impedir que prisões imotivadas ou arbitrárias pudessem influenciar de forma indevida o eleitorado, modificando o que seria o resultado normal da eleição caso a prisão indevida não ocorresse; d) evitar o uso de força policial para intimidar o eleitor; e) evitar o acirramento de ânimos entre partidários de agremiação políticas concorrentes.

3. A patente insuficiência protetiva do artigo 236 do Código Eleitoral tem levado os doutrinadores a considerá-lo revogado ou então a flexibilizar sua aplicação, com afirmações de que a vedação à prisão referida é inconstitucional; que só diz respeito aos crimes eleitorais propriamente ditos ou que a prisão por ordem judicial não é vedada pelo artigo em comento. Há, ainda, interpretação no sentido de que a prisão provisória do eleitor pode ser feita dentro do período do art. 236 do CE, desde que decretada anteriormente a esse período.

4. A garantia posta no art. 236 do CE não é inconstitucional se flexibilizada para permitir-se a prisão provisória de autores de crimes dolosos contra a vida, crimes hediondos e roubo, bem como autorizar a prisão de candidatos que tiverem contra si sentença condenatória transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos.

5. A maneira de estender-se a possibilidade de prisão provisória aos autores dos crimes dolosos contra a vida, crimes hediondos e roubo é com a utilização das denominadas decisões ou sentenças aditivas.

6. As sentenças ou decisões aditivas são decisões judiciais que, em questionamento sobre a constitucionalidade de ato normativo, acolhem a impugnação, sem invalidá-lo. Em vez de operar-se a expulsão da norma do ordenamento jurídico, ela fica mantida com o *acréscimo ao seu conteúdo de uma regulação que faltava para efetivar sua concordância com a Constituição*.

7. As sentenças aditivas não representam uma invasão do juiz no campo de atuação do legislador. O juiz apenas 'revela' uma norma que já existia no sistema. 